



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

RAFAEL DE MELO OLIVEIRA

**A PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DOS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE  
E DA NÃO CULPABILIDADE**

Brasília  
2011

RAFAEL DE MELO OLIVEIRA

**A PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DOS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE  
E DA NÃO CULPABILIDADE**

Monografia apresentada para obtenção da  
graduação em Direito pelo Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor George Leite

Brasília  
2011

RAFAEL DE MELO OLIVEIRA

**A PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DOS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE  
E DA NÃO CULPABILIDADE**

Monografia apresentada para obtenção da  
graduação em Direito pelo Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. George Leite

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, 2011

*Dedico a presente obra aos que buscam a  
melhor acepção à palavra “justiça”.*

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a todos que me ajudaram ao longo da persecução desse objetivo.

*“Quem ocupa o trono tem culpa  
Quem oculta o crime também  
Quem duvida da vida tem culpa  
Quem evita a dúvida também tem.”*

*Engenheiros do Hawaii*

## RESUMO

O presente trabalho destina-se à análise da prisão preventiva à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da não culpabilidade. Atualmente, observa-se a ocorrência de casos em que este instituto sofre desvio de finalidade, sendo aplicado em situações que fogem ao seu propósito legal. Para ilustrar este quadro, é tomado como exemplo o caso do ex-juiz Nicolau dos Santos Neto, acusado de desvio de dinheiro público, cujo pedido de *habeas corpus* foi rejeitado em todas as instâncias. O voto vencido do ministro Sepúlveda Pertence, que se posicionou a favor da revogação da medida cautelar aplicada ao ex-juiz, desenvolve considerações relevantes a respeito do tema, e é analisado minuciosamente ao longo da presente obra. Por se tratar de assunto diretamente ligado aos direitos e garantias individuais emanados da Carta Magna, a prisão preventiva merece profundo estudo da sua real aplicabilidade, para dirimir conflitos existentes entre doutrinadores e estudiosos do direito, visando garantir o resultado útil do processo sem que, para tal, seja necessário o uso da arbitrariedade.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Princípio da não culpabilidade. Princípio da proporcionalidade. Trânsito em julgado. Garantia da ordem pública.

## **ABSTRACT**

The current essay is geared towards the analysis of preventive incarceration in light of the constitutional principles of proportionality and presumption of innocence. Presently, there can be ascertained situations in which this institution suffers misuse, being invoked in cases outside of its intended sphere of purpose. To illustrate one such situation, it is brought forth the case of former judge Nicolau dos Santos Neto, accused of embezzlement of public funds, whose petition for a writ of habeas corpus was rejected in all instances. The losing vote issued by minister Sepúlveda Pertence, who deliberated in favour of revoking the injunction imposed over the former judge, raised a number of pertinent considerations in regards to this theme, and will be thoroughly analyzed in the course of this essay. Due to dealing with subjects directly linked to individual rights and guarantees inherent of the Magna Carta, preventive incarceration calls for in depth consideration of its true applicability, to minimize conflicts between lawmakers and jurists, in order to guarantee the usefulness of the process without the need for arbitrariness.

**Keywords:** Preventive incarceration. Presumption of innocence. Principle of proportionality. Final judgement. Guarantee of public order.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 PRISÃO CAUTELAR .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 Prisão preventiva .....</b>	<b>14</b>
1.1.2 <i>Pressupostos.....</i>	15
1.1.3 <i>Pericullum Libertatis.....</i>	16
1.1.3.1 <i>Garantia da ordem pública .....</i>	16
1.1.3.2 <i>Conveniência da instrução criminal.....</i>	18
1.1.3.3 <i>Garantia da aplicação da lei penal.....</i>	18
1.1.3.4 <i>Garantia da ordem econômica .....</i>	19
1.1.4 <i>Fumus Comissi Delicti .....</i>	19
<b>2 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA NÃO CULPABILIDADE .....</b>	<b>21</b>
<b>2.1 Princípio da proporcionalidade.....</b>	<b>22</b>
<b>2.2 Princípio da não culpabilidade (presunção de inocência) .....</b>	<b>30</b>
<b>3 VOTO VENCIDO DO MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (HC 80717-8/SP) .....</b>	<b>38</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>50</b>

## INTRODUÇÃO

A prisão preventiva – modalidade de medida cautelar – visa garantir o efetivo andamento do processo, o seguimento de seu curso natural, e a consecução de uma sentença final condenatória ou absolutória. Esta medida existe porque, em alguns casos, o acusado pode ter a intenção de se evadir da penalidade, interferindo, dessa forma, no correto andamento do processo.

Para evitar tal atitude, permite-se a prisão do indivíduo a fim de se garantir esse resultado útil. Esta modalidade de cautelar tem como característica principal sua excepcionalidade – ou seja, para sua decretação, devem ser observadas circunstâncias específicas.

A utilização da medida preventiva sem a devida observância dos princípios da não culpabilidade e da proporcionalidade gera conflito com as garantias individuais consagradas na Constituição Federal. São direitos do acusado não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado, e receber uma punição em quantidade proporcional à ofensa causada. A observação dessas garantias depende da existência de sentença final sem possibilidade de recurso por parte do acusado.

A aplicação da prisão preventiva vem sendo assunto controverso no mundo jurídico. Por vezes, a repercussão gerada por alguns casos leva ao desejo coletivo de condenação antecipada. A fim de atender a esse sentimento, a medida cautelar é utilizada como forma de responder a este anseio, dando a ideia falsa de que o acusado já se encontra preso definitivamente – assume este, assim, o papel de culpado antes do julgamento definitivo.

Quando isso ocorre, o desequilíbrio mostra-se latente. O acusado encontra-se em posição inferiorizada, pois, contra ele, já existe o intento de condenação, o que prejudica sua possibilidade de ampla defesa.

A questão merece profunda análise que vise encontrar resposta capaz de conciliar a imagem do Judiciário e o que dispõe a Carta Magna, e alcançar o equilíbrio entre a efetiva necessidade da prisão preventiva e os direitos e garantias individuais.

A verdadeira função do direito penal não é a de mera aplicação da prisão. Busca-se a maior proximidade possível com a verdade real – decifrada por meio de provas que apresentem o efetivo desenrolar da conduta delituosa –, para, só então, se aplicar uma sanção na medida correta.

No momento em que se pretende antecipar uma pena, perde-se o objetivo do próprio direito – o Judiciário passa ser mero penalizador, e esquiva-se da obrigação de julgar cada caso, aplicar a medida correta, e, ao longo de todo o processo, respeitar as questões garantidoras dos direitos individuais.

## 1 PRISÃO CAUTELAR

Prisão é um recurso utilizado com o objetivo de, retributivamente, fazer com que o indivíduo autor de determinada ação tida como delituosa responda por essa ação, afim de que pague o respectivo debito à sociedade. A necessidade de aplicação da pena, tanto em quantidade como em qualidade, é assunto muito debatido por estudiosos do direito, todavia, não será analisado nesta obra, tendo em vista que o objeto principal do presente estudo é a melhor aplicação da pena, em específico, a aplicação da prisão preventiva, unidade no universo das chamadas prisões cautelares.

No âmbito do direito penal, as prisões cautelares aparecem como tema gerador de debates calorosos acerca de sua utilização. A aplicação prática desse instituto está cercada de subjetividade, o que acarreta, constantemente, o surgimento de questões contraditórias, pois é comum – e esse é um ponto a ser analisado em tópico específico – indivíduos autores de condutas semelhantes serem tratados como diferentes. Ou seja, duas pessoas tidas como incursas no mesmo delito podem ter tratamento diferenciado, sendo que um desses indivíduos poderá ser preso antecipadamente, de forma cautelar, ao passo que, ao outro, pode não se observar a mesma necessidade.

A principal característica dessa modalidade de prisão é a excepcionalidade. O ordenamento jurídico brasileiro prediz que, em regra, nenhum indivíduo será privado da liberdade sem sentença definitiva que o condene a um tipo e quantidade de pena determinados. Em certas situações de caráter urgente, o Estado precisa apresentar resposta imediata, circunstância a qual se presta essa modalidade de prisão que visa repreender a conduta delituosa em momento anterior à própria condenação transitada em julgado do pretense réu.

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isso se de a necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de

que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado (TÁVORA e ALENCAR, 2009, p. 449).

A necessidade de encarceramento preventivo do réu se trata, no entanto, de exceção à regra, uma vez que, no percurso natural de um processo, somente após percorridas todas as fases e esgotadas todas as possibilidades de defesa do acusado, é possível chegar a uma sentença que aplique sanção de privação da liberdade ao réu.

A prisão é um recurso a ser usado como última medida de punição contra aquele que se acusa. No entanto, como forma de responder ao anseio da sociedade – que, sem conhecimento jurídico, condena o indivíduo levianamente – o Poder Judiciário faz uso desse tipo de medida cautelar. Tal resposta não passa de mera retórica autoritária, e fere princípios constitucionais necessários à garantia dos direitos individuais.

Contudo, a aplicação de prisões cautelares não se faz por mera vontade do magistrado ou da autoridade competente – existem formalidades obrigatórias à aplicação e execução dessa medida, o que demonstra a intenção, por parte do legislador, de agregar o máximo de segurança às prisões realizadas antes da sentença. Exemplo disso é exigência do mandado de prisão, instituto que se presta a imprimir transparência às decisões que envolvam subtração da liberdade de determinado indivíduo.

Dessa forma, caso se entenda pela necessidade da aplicação imediata da prisão, esta deve ser realizada mediante ordem escrita e fundamentada, preceito este emanado da própria Carta Magna, art. 5º, inciso LXI. Faz-se, ainda, necessária a observância de pressupostos essenciais.

Isso quer dizer que precisam estar presentes os pressupostos das medidas cautelares, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* é a probabilidade de a ordem jurídica amparar o direito que, por razão, mercê ser protegido. O *periculum in mora* é o risco de perecer que corre o direito se a medida não for tomada para reservá-lo (GRECO FILHO, 2010, p. 251).

A prisão cautelar deve ser usada em casos excepcionais – aqueles nos quais se garante a melhor continuidade do processo e seu resultado final efetivo com o afastamento do acusado de sua liberdade.

Sua correta aplicabilidade pode ser observada com máxima clareza na situação de flagrante. Neste caso, o preso é detido no momento em que comete a conduta delituosa, ou é alcançado logo após cometê-la, na posse de instrumentos que o conectem à autoria do fato. O estado de flagrância configura, portanto, condição favorável à adoção da medida cautelar.

Não significa dizer, no entanto, que todo indivíduo deve permanecer preso após o flagrante – faz-se necessária a análise singularizada de cada caso. A existência de várias hipóteses de flagrante corrobora com este entendimento. O estado de flagrância, isoladamente, não é suficiente para ensejar a necessidade de prender de imediato o infrator ou acusado.

Além das prisões decretadas em razão do flagrante, existe, ainda, a figura da prisão temporária, instituída por lei específica (Lei nº 7.960, de 21/12/1989). Essa modalidade de coerção é justificada pela necessidade de aplicar maior repressão a crimes considerados violentos, bem como àqueles ligados a organização criminosa. Conforme lição da doutrina:

A figura da prisão provisória tem por finalidade reduzir os requisitos da preventiva, facilitando a prisão em determinadas situações, mas não pode, dentro de um sistema de garantias constitucionais do direito de liberdade, desvincular-se da necessidade de sua decretação (GRECO FILHO, 2010, p. 259).

A decretação da temporária abrange um rol de situações de fato trazido pela lei específica nº 7.960/89.

Caberá prisão temporária, nos termos do art. 1º da Lei n. 7.960/89:  
I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade;

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado por morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro.

A intenção do legislador é fornecer um leque maior de possibilidades de coerção pela prisão. A função do direito penal não é a de encarcerar o indivíduo, mas a de possibilitar um processo coeso e amplamente debatido, para que, só então, decida-se pela aplicação ou não de medida restritiva de liberdade. A decretação da prisão cautelar, além de constituir exceção, deve obedecer a quesitos essenciais – como a possibilidade de real interferência do acusado na investigação policial ou no processo – e ter como fim garantir o efetivo trabalho da justiça.

### **1.1 Prisão preventiva**

Essa ferramenta de encarceramento é utilizada para decretar a prisão do acusado – aqui o termo “acusado” caracteriza o indivíduo que inicia como parte autora em um processo criminal – antes que se tenha uma possível condenação final. É importante salientar que, para se decretar tal medida, é preciso que ela esteja fundamentada, por meio escrito, pela autoridade judicial competente.

A prisão preventiva poderá ser aplicada mesmo antes da instauração do inquérito policial, sendo bastante para tal que estejam presentes os requisitos legais passíveis de demonstração por outros elementos indiciários. O que se observa é uma situação de perigo para o acusado antes mesmo de o processo se iniciar, pois ele poderá ver sua liberdade comprometida a qualquer tempo. É de entendimento comum no mundo jurídico que a liberdade é uma regra, e a prisão uma exceção – a prisão cautelar passa a ser, assim, uma “exceção da exceção”.

### 1.1.2 Pressupostos

Para se decretar a prisão preventiva de alguém, se faz necessária a observância do dispositivo legal trazido pelo Código de Processo Penal que segue *in fine*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indício suficiente da autoria.

A lei pede que seja comprovada a existência concreta de um crime, ou seja, antes de se analisar quem cometeu (possivelmente) um delito, é necessário confirmar a existência dessa infração. No entanto, para ligar a autoria ao crime são necessários apenas indícios que possibilitem conectar o acusado ao feito.

É latente a condição de desigualdade em que se encontra o acusado nessa situação. Ele poderá se defender das acusações lançadas contra a sua pessoa, no entanto, como o poderá fazer contra indícios levantados para a decretação de sua prisão preventiva?

Quanto à autoria, são necessários apenas indícios aptos a vincular o indivíduo à prática da infração. Não se exige a concepção de certeza, necessária para uma condenação. A lei se conforma com o lastro superficial mínimo vinculando o agente ao delito (TÁVORA e ALENCAR, 2009, p. 478).

Não é possível exigir concepção de certeza quando da decretação de uma prisão preventiva, visto que o processo encontra-se em fase inicial. No entanto, justamente nesta fase, onde a dúvida deve beneficiar o réu e o ônus de provar culpa pertence ao Estado, pode ocorrer uma inversão, passando o réu a ser o prejudicado diretamente, com perda de sua liberdade, ainda que não sejam encontradas contra ele provas capazes de confirmar sua participação ou autoria do fato.



A falta de provas robustas causa insegurança contra a aplicabilidade da prisão preventiva, pois, uma vez esta decretada, o indivíduo poderá responder, antecipadamente, por ato que não praticou. O mero indício de autoria não deveria ensejar qualquer tipo de punição, e, pelo mostrado acima, a preventiva é uma antecipação da pretensão punitiva do Estado, que age contra a liberdade de um indivíduo, por acreditar que ele possa ter cometido ou participado de um ato ilícito.

Independente de qual seja a fase de um processo, o direito penal deve andar o mais próximo possível da verdade real – tentar elucidar as questões nebulosas do processo, chegando ao mais próximo da realidade dos fatos. A partir do momento em que se utiliza a medida da prisão preventiva, o acusado passa a se encontrar em posição clara de inferioridade, podendo ter sua liberdade ceifada sem possibilidade de defesa e existência de provas contundentes.

Existem, contudo, hipóteses a serem observadas para determinar e restringir a devida aplicação dessa cautelar.

### *1.1.3 Pericullum Libertatis*

Prevendo a possível interferência do acusado no bom andamento do processo, o legislador utilizou-se do instituto do *pericullum libertatis* – “o perigo da liberdade” – segundo o qual, por receio de evasão do réu da possível responsabilização por sua conduta, permite-se o encarceramento a fim de garantir o resultado prático do processo.

#### *1.1.3.1 Garantia da ordem pública*

Garantir a ordem pública significa manter a tranquilidade e paz no seio social. Todavia, entre os doutrinadores, e até mesmo na jurisprudência, esse conceito está longe de ser pacífico. É dificultoso calcular precisamente se determinado indivíduo

representa risco real e evidente para o corpo social, ao passo que, por muitas vezes, esse fundamento vem sendo utilizado com inúmeras interpretações.

Tal oscilação de entendimento representa risco real ao mundo jurídico, provocando a redução do potencial de defesa do acusado.

Obriga-se assim ao magistrado contextualizar a prisão e seu fundamento. Se os maus antecedentes, ou outros elementos probatórios, como testemunhas e documentos, revelam que o indivíduo pauta o seu comportamento na vertente criminosa, permitindo ao magistrado concluir que o crime apurado é mais um, dentro da carreira delitiva, é sinal de que o requisito encontra-se atendido (TÁVORA e ALENCAR, 2009, p. 479).

A imprecisão agregada a este conceito incide sobre o mundo jurídico como afronta à segurança que este deveria proporcionar – abre precedentes para a possibilidade de antecipação da pena, configurando claro descaso para com as garantias e princípios individuais emanados da Carta Magna.

A aplicabilidade da medida preventiva com base em interpretações de um conceito impreciso possibilita que interesses alheios interfiram no processo – por muitas vezes, tal medida é adotada, por exemplo, para se responder ao interesse do povo inflamado por divulgações em veículos de comunicação. Segundo ensinamento da doutrina:

“Perigosidade do réu”, “os espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão”, tudo absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica “ordem pública”. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar (GRECO FILHO apud TÁVORA e ALENCAR, 2009, p. 479).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Nestor Távora e Rosmar Rodriguez Alencar não corroboram com o entendimento do professor Tourinho Filho. A intenção dos autores foi clara e inequívoca de apresentar três das linhas existentes acerca do tema, posicionando-se como integrantes da corrente intermediária, que confere uma interpretação constitucional à acepção da ordem pública, acreditando que a mesma está em perigo quando o criminoso simboliza um risco pela possível prática de novas infrações, caso permaneça em liberdade.

A prisão preventiva é uma medida autoritária – o prejudicado é o indivíduo, levado ao cárcere com fundamento em questão subjetiva –, e demonstra a existência da arbitrariedade no mundo jurídico.

#### *1.1.3.2 Conveniência da instrução criminal*

Para que prossiga o bom andamento do processo, faz-se necessária a tutela da livre produção probatória. Sendo assim, a intenção da aplicação da preventiva é coibir ou evitar que o acusado interfira na fase em que as provas estão sendo colhidas.

Toda pessoa que tente interferir no bom andamento de um processo deve ser de imediato afastada da possibilidade de fazê-lo, sendo a prisão considerada medida necessária para evitar tal comportamento. No entanto, a medida punitiva que acarreta em prisão deveria ser o último recurso utilizado no direito penal; não resta claro, ainda, o que efetivamente seria considerado como intromissão na produção das provas e traria dificuldade para elaboração do conjunto probatório. Dessa forma, é desproporcional a penalidade de privação de liberdade em relação à possível ação que o acusado praticaria.

#### *1.1.3.3 Garantia da aplicação da lei penal*

Este pressuposto busca evitar que o agente se evada da responsabilidade, com a clara intenção de eximir-se do eventual cumprimento da sanção penal. Ainda que seja uma medida preventiva, ou seja, destinada a evitar que o indivíduo programe fuga para eximir-se da pena, entendemos que existe uma clara subjetividade em relação a essa hipótese.

Deve-se buscar primeiro o entendimento das circunstâncias que pudessem levar o acusado a se ausentar do local onde deveria permanecer; analisar o caso em concreto; para apenas depois aplicar a medida preventiva adequada. A medida de privação da liberdade deve ser o último recurso empregado contra o indivíduo.

#### *1.1.3.4 Garantia da ordem econômica*

Trata-se da hipótese específica do agente que busca causar mais danos à ordem econômica, caso esteja solto. Ou seja, permanecendo em liberdade, o indivíduo continuará a prática de novas infrações dessa ordem.

Aqui se observa uma condição bem específica que pode ser evitada com a divulgação da condição em que se encontra o indivíduo, evitando, assim, que ele volte a cometer crimes dessa modalidade, e excluindo, por conseguinte, a necessidade precípua de aplicação da prisão preventiva.

#### *2.1.4 Fumus Comissi Delicti*

Para decretação da prisão preventiva, é necessária, obrigatoriamente, a comprovação da Prova da Materialidade e dos Indícios de Autoria. Trata-se da tentativa de ligar o crime à pessoa que se tem como suspeita.

Existindo a fundada suspeita baseada em provas que indiquem a responsabilidade daquele indivíduo pela prática da conduta delituosa, o magistrado pode requerer a cautelar preventiva, mas apenas se, além de provada a existência do *fumus comissi delicti*, também restar comprovada alguma das hipóteses que compõem o *pericullum libertatis* – garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, aplicação da lei penal ou garantia da ordem econômica.

A aplicação da prisão cautelar merece devido cuidado, pois a sua utilização a esmo caracteriza nada mais do que o uso arbitrário das prerrogativas do Estado. A prisão, por si só, não constitui resposta para o bom prosseguimento do processo; pelo contrário – é o último meio a ser utilizado, e, principalmente, sua aplicação deve obedecer a todas as prerrogativas constitucionais.

A adequação dessa medida deve dar-se pelo uso da proporcionalidade – analisar o caso em concreto, e observar se existe a real necessidade da sua utilização, atentando para o princípio constitucional da não culpabilidade.

Cabe ressaltar que é necessária a efetiva ligação do acusado com a conduta delituosa. Ou seja, para se decretar a cautelar, deve existir meio, prova, para ligar a possível autoria àquele indivíduo a quem se pretende aplicar a pena de reclusão. No caso de aplicação sem essa devida comprovação, a prisão torna-se arbitrária e pauta-se pela ilegalidade.

## 2 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA NÃO CULPABILIDADE

A Constituição é o ordenamento supremo do Estado – ela tem o papel fundamental de garantir aos cidadãos que este, mesmo sendo maior, não exercerá sobre eles a força através do arbítrio, e que toda penalidade será pautada pelos princípios presentes no texto constitucional.

Em relação ao exposto acima, a doutrina ensina que “não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda a sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por rudimentar que seja” (BONAVIDES, 2000, p. 64).

A Constituição é tida como matéria de observância obrigatória em todo o direito. Ela se presta como um meio limitador e, mais que isso, um meio garantidor de que o Estado, ao redigir e aplicar as leis, não o fará com exercício do arbítrio. Segundo lição da doutrina (TUCCI, 1993, p. 1), “manifesta, expressiva e perene mostra-se a influência exercida pelas preceituações constitucionais sobre todas as normas integrantes do ordenamento jurídico, cuja edição a elas deve, certamente, amoldar-se”.

No direito penal, a observação da Constituição se mostra ainda mais relevante, pois é neste campo que o Estado exerce o controle mais significativo sobre o indivíduo, uma vez que, “as Constituições desde o século XVIII até as contemporâneas contêm uma série de princípios que ou são especificamente penais, ou pertinentes a matéria penal” (LUISI, 2003, p. 12).

Esses princípios constitucionais são de observância obrigatória pelo direito penal e representam garantias aos cidadãos – trazem segurança para estes e para o mundo jurídico. Dentre eles, estão os princípios da proporcionalidade e da não culpabilidade, ambos de suma importância para o direito penal.

## 2.1 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade se presta a garantir o equilíbrio entre duas partes distintas. De um lado, existe a figura do Estado, que deve garantir, por intermédio das leis, o bom convívio entre os cidadãos; do outro lado, está o indivíduo que pode vir a sofrer uma sanção pela prática de um ilícito. Nessas situações, deve existir um meio limitador da atuação do Estado, para que o acusado sofra uma medida adequada à sua ação, não sendo penalizado em nível superior ao que realmente merece responder.

No direito penal, o referido princípio deve guardar uma relação muito próxima à questão da proporção entre sanção penal e gravidade do fato. Ou seja, a pena deve ser aplicada a um determinado comportamento, e a força dessa pena deve ser majorada de acordo com a gravidade daquela ação. Segundo Gomes:

O princípio da proporcionalidade tem seu principal campo de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para a consecução de seus fins (GOMES, 2003, p. 35).

Ou seja, é necessário observar a quantidade e tipo de pena a ser aplicada ao caso concreto. É descabido pensar em uma punição severa, se a conduta do agente não suporta tal medida repressora. Nesse sentido, a proporcionalidade posiciona-se como promotora do equilíbrio entre a aplicação da medida que será imposta contra o indivíduo e o ato praticado.

Esse princípio vem sendo evocado constantemente em julgados, sendo inclusive meio limitador ou indicador para provimento ou não da prisão preventiva. O julgado abaixo transcrito ilustra bem essa questão.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICÁVEL AO PRESENTE CASO. FURTO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. DIREITO DE RECORRER EM

LIBERDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não basta o reconhecimento do pequeno valor do objeto do delito para que se aplique o princípio da insignificância, o qual não deve prevalecer quando a conduta do acusado se apresenta com elevado grau de reprovabilidade.
2. Sendo de pequeno valor a coisa furtada e primário o réu, impõe-se a aplicação do § 2º do art. 155 do Código Penal, configurando-se a figura do furto privilegiado.
3. A prisão preventiva não pode subsistir se não guarda relação de proporcionalidade com a pena fixada, cuja execução, no caso, se apresenta bem mais benéfica do que o regime de cumprimento da prisão preventiva.”
4. Deu-se parcial provimento ao recurso (Apelação 2008011032372-3, 2º Turma Criminal, relator João Timoteo de Oliveira, julgado em 02/06/2011, DJ 10/06/2011, p. 247).

A aplicação desse princípio serve para que se adequar a quantidade de pena a ser aplicada, evitando o excesso por parte do Estado. Segundo ensinamento da doutrina:

Nesse sentido, a proporcionalidade representa uma especial característica de garantia aos cidadãos, na medida em que impõe sejam as restrições à liberdade individual contrabalançadas com a necessária tutela a determinados bens jurídicos, e somente confere legitimidade às intervenções que se mostrarem conformes aos seus ditames (GOMES, 2003, p. 59).

A Constituição carrega consigo o *status* de Lei Maior justamente por trazer segurança às pessoas que pertencem ao corpo social. Qualquer norma ou medida que atente contra a ela significa um risco às garantias individuais. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade tem importante tarefa, pois regula a atuação do Estado sobre os seus tutelados.

Embora no texto constitucional brasileiro não esteja expresso o princípio da proporcionalidade em relação ao direito penal, especificamente, diversas disposições relacionadas a outros ramos do ordenamento demonstram a sua presença inequívoca no bojo da Constituição. Esse fato seria suficiente para se deduzir que o princípio da proporcionalidade, por constituir um princípio geral de direito, não está adstrito a atuar apenas nas restritas esferas onde pode ser verificado, uma vez que norteia a hermenêutica da Constituição em sua totalidade e, logo, permeia todo o ordenamento (GOMES, 2003, p.61).



No direito penal, o princípio da proporcionalidade deve ser amplamente utilizado para dar ao indivíduo, no caso de condenação transitada em julgado, a certeza de que será responsabilizado precisamente por sua conduta delituosa, e que sofrerá sanção proporcional ao seu agravo. Por meio dele, é possível assegurar a garantia de que o indivíduo não será punido arbitrariamente, uma vez que o direito penal é instância última utilizada pelo Estado.

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Neste caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser menos restritiva aos direitos envolvidos entre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito) (ÁVILA, 2006, p. 150).

O princípio da proporcionalidade em muito se parece com outro princípio, o da razoabilidade.

É bem verdade que vários autores entendem que o princípio da proporcionalidade está contido no princípio da razoabilidade, assim como se pode entender que o princípio da razoabilidade é que está contido no princípio da proporcionalidade, cujos subprincípios da necessidade (ou menor restrição) e da proporcionalidade em sentido estrito seriam a própria essência da razoabilidade (SLERCA, 2002, p. 81).

A razoabilidade e a proporcionalidade, apesar de semelhantes, são princípios distintos. A proporcionalidade é a realização dos fins por meios adequados, necessários e proporcionais. A razoabilidade, por sua vez, viabiliza a aplicação de uma equidade necessária entre fato e circunstância.

Ambos são, no entanto, necessários para que se obtenha a devida garantia do indivíduo – para que este esteja assegurado quanto aos seus direitos, e tenha certeza de que seu caso será observado individualmente. A não aplicação destes princípios resulta em solução idêntica para condutas distintas, interpretação esta errônea, pois a conduta por si só não enseja uma consequência; devem ser

considerados os motivos e as condições sob as quais a conduta foi adotada, para então se proceder ao enquadramento do caso.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade andam lado a lado – ambos buscam a defesa dos direitos fundamentais em detrimento da restrição excessiva, descabida ou desnecessária. Existe, todavia, uma diferença tênue entre os dois, que merece destaque. O princípio da proporcionalidade é consultado quando existe choque entre princípios ou regras, devendo um deles prevalecer, ao passo que o princípio da razoabilidade se apresenta quando da existência de uma norma que se encontre irrazoável.

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, cada qual com as suas nuances, prestam-se ao mesmo e sublime fim: sem invadir a área de competência dos demais poderes, investem o judiciário de instrumental que lhe permite o exame de justiça das leis e a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, combatendo leis por si injustas ou desarrazoadas ou que comportem restrições inaptas ao fim a que se destinam, leis desnecessárias ou cuja carga restritiva seja desproporcional ao benefício em vista (SLERCA, 2002, p. 131).

O princípio da proporcionalidade é parte fundamental do direito constitucional, pois torna possível perseguir objetivos trazidos pela Lei Maior, além de promover a resolução adequada de conflitos. Ele visa conceder ao indivíduo a garantia de que não terá seus direitos obstruídos ou não observados mediante a pretensão de punir do Estado.

Este princípio consiste, portanto, em peça fundamental para a preservação dos direitos individuais. Ainda que não exposto no texto constitucional, possui uma imensa valoração em relação aos demais, sendo capaz de regular até mesmo a colisão entre outros princípios. Faz-se, dessa forma, irremediável sua observância, bem como sua utilização, para o bom entendimento e aplicação do direito.

A incorreta adequação da quantidade e qualidade de pena em relação ao delito, consideradas as especificidades do mesmo, gera desconfiança, e traz descrédito para o Judiciário.

Na atualidade, questiona-se com frequência os motivos pelos quais são dados tratamentos tão distintos a pessoas que cometeram delitos semelhantes. Uma das respostas encontradas pelo senso comum é de que se trata de diferenciação baseada no nível de renda. Essa imagem distorcida passada pela justiça brasileira é consequência da falta de adequação entre a conduta e a melhor medida repressora.

O princípio da proporcionalidade, antes visto como mera teoria sem prática, hoje alcança patamar de alta importância no âmbito da aplicação da norma incriminadora, sendo resposta para a aplicação da medida precisa quando da análise de casos concretos.

Existe, ainda, a possibilidade de conflito entre princípios, e, quando isso ocorre, o valor de cada um deve ser definido de acordo com a análise do fato, podendo se chegar a uma possível decisão de qual deles deve prevalecer sobre o outro. Neste momento, o princípio da proporcionalidade se faz fundamental, pois permite analisar o caso concreto e balancear a medida punitiva, levando-se em conta as garantias individuais. Esse princípio cria uma relação de adequação entre fim e meio, a partir da qual é levada a cabo a sanção.

Com base no princípio da proporcionalidade, é possível decidir, em cada caso concreto, qual princípio será tido como de menor ou maior valor.

Importa muito a atuação do princípio da proporcionalidade nos casos de conflitos entre regras e entre princípios. O conflito em princípios soluciona-se de forma diversa do conflito entre regras. Este conduz a uma incompatibilidade da qual resulta exclusão de uma das regras do sistema, com a permanência da outra. A colisão de princípios, que encerram em seu bojo valores, não enseja eliminação de um deles, mas a descoberta, em cada caso, do princípio prevalente (FERNANDES, 2007, p. 60).

De acordo com cada caso concreto, determinado princípio poderá ora ter valorização maior, ora ter valorização menor – isso faz parte da solução de conflitos entre princípios –, de modo que cada caso seja considerado individualmente. Ou seja, não é adequado avaliar os princípios de forma geral, valorando cada um deles a fim de solucionar todas as colisões possíveis da mesma forma.

É necessário analisar, cuidadosamente, o caso concreto à luz do princípio da proporcionalidade, e decidir qual dos princípios deve sobressair em relação ao outro. Lembrando que princípios não são normas – não é possível, simplesmente, excluir um princípio quando em colisão com outro, mas sim identificar, junto ao caso concreto, qual deverá receber maior valoração.

Diante da importância da utilização e valoração dos princípios constitucionais, é possível observar que a aplicação da lei penal está intimamente ligada à Constituição Federal – quando se tenta desvincilhar do que lecionam esses princípios, automaticamente ocorre o afastamento da correta aplicação do direito. Situação ainda mais preocupante se configura quando este afastamento ocorre no momento de aplicação da norma coercitiva, acarretando sanção demasiada severa e afetando diretamente as garantias individuais.

É evidente que, em situações de completa necessidade, é plausível a antecipação de uma medida, a fim de garantir o bom andamento do processo; no entanto, o que percebemos, atualmente, é o excesso por parte do Judiciário em lidar com questões que envolvem, especialmente, a privação da liberdade.

Existem diversas interpretações e conceitos relacionados ao princípio da proporcionalidade. Alguns deles são:

Princípio da proporcionalidade - 1) Modalidade indicadora de que a severidade da sanção deve corresponder a maior ou menor gravidade da infração penal. Quanto mais grave o ilícito, mais severa deve ser a pena. A idéia foi defendida por Beccaria em seu livro *Dos Delitos e das Penas* e é aceita pelos sectários das teorias relativas quanto aos fins e fundamentos da pena. 2) O princípio da proporcionalidade tem o objetivo de coibir excessos desarrazoados, por meio

da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas. Por força deste princípio, não é lícito à Administração Pública valer-se de medidas restritivas ou formular exigências aos particulares além daquilo que for estritamente necessário para a realização da finalidade pública almejada. Visa-se, com isso, a adequação entre os meios e os fins, vedando-se a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (SABER JURÍDICO, 2011).

É estritamente necessário que a aplicação do direito – principalmente quando pode interferir diretamente na vida dos indivíduos – se faça de modo equilibrado. Penas aplicadas em demasia (maior quantidade) ou por demais severas (diferente qualidade) contribuem para que se cause um inchaço no sistema carcerário.

A prisão cautelar, em muitos casos, apresenta severa desproporcionalidade em relação ao delito praticado pelo acusado – por exemplo, quando é aplicada ainda que exista a possibilidade de se exigir apenas a permanência do mesmo em sua residência como maneira de evitar uma possível fuga. Nada impede que seja aplicada uma modalidade de cautelar, desde que esta esteja na proporção adequada em relação ao ato praticado pelo acusado.

O objetivo, aqui, é garantir o efetivo resultado útil do processo utilizando outros meios garantidores para tal – lembrando que o direito penal prevê a aplicação da pena de reclusão como última medida a ser levada adiante. Quando se aceita, com naturalidade, que sejam aplicadas cautelares sem a devida observação de que essas são efetivamente ideais ao caso concreto, estamos corroborando com a sensação de arbítrio, de intolerância.

Evidentemente, os diversos crimes que ocorrem no país corroboram com o sentimento de repúdio aos indivíduos que praticam ilícitos. Não cabe, no entanto, ao direito, decidir questões jurídicas levando em conta sentimentos populares de revolta. O aumento da quantidade de prisões não soluciona a questão da insegurança sentida pela população, apenas aplica uma falsa impressão de que os “maus elementos” estão sendo extirpados do seio social.

Este tipo de atitude vai de encontro com o que se pode chamar de Estado de Direito. Faz-se, então, extremamente necessária a observação do princípio da proporcionalidade, a fim de conciliar conduta e punição. Coloca-se como uma das máximas do direito a expressão “dois pesos, duas medidas”.

Atualmente, a jurisprudência tem aplicado, em alguns casos, o princípio da proporcionalidade. O Supremo Tribunal Federal, em um dos seus julgados, discorre a respeito do princípio.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996 – COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS PARA ELEIÇÕES PROPORCIONAIS – VEDAÇÃO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.100/95 (ART. 6º) – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, § 1º) E DE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO PLURIPARTIDARISMO E DO REGIME DEMOCRÁTICO – AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO – AÇÃO DIRETA – LEGITIMIDADE ATIVA – INEXIGIBILIDADE DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. – Os Partidos Políticos, desde que possuam representação no Congresso Nacional, podem, em sede de controle abstrato, argüir, perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática. Precedente: ADIn n. 1.096/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO. AUTONOMIA PARTIDÁRIA – RESERVA CONSTITUCIONAL DE DISCIPLINAÇÃO ESTATUTÁRIA (CF, ART. 17, § 1º). – O postulado constitucional da autonomia partidária criou, em favor dos Partidos Políticos – sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento – uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público. Há, portanto, um domínio constitucionalmente delimitado, que pré-exclui – por efeito de expressa cláusula constitucional (CF, art. 17, § 1º) – qualquer possibilidade de intervenção legislativa em tudo o que disser respeito à intimidade estrutural, organizacional e operacional dos Partidos Políticos. Precedente: ADI n. 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. PROCESSO ELEITORAL E PRINCÍPIO DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL (CF, art. 22, I). – O princípio da autonomia partidária – considerada a estrita delimitação temática de sua abrangência conceitual – não se qualifica como elemento de restrição ao poder normativo do Congresso Nacional, a quem assiste, mediante lei, a competência indisponível para disciplinar o processo eleitoral e, também, para prescrever regras gerais que os atores do processo eleitoral, para efeito de disputa do poder político, deverão observar, em suas relações externas, na celebração das coligações partidárias. SUBMISSÃO NORMATIVA DOS PARTIDOS POLÍTICOS ÀS DIRETRIZES LEGAIS DO PROCESSO ELEITORAL. Os Partidos Políticos estão sujeitos, no que se refere à regência normativa de todas as fases do processo eleitoral, ao ordenamento jurídico positivado pelo Poder Público em sede legislativa. Temas associados à disciplinação das coligações partidárias subsumem-se à noção de processo eleitoral, submetendo-se, em consequência, ao princípio da reserva

constitucional de competência legislativa do Congresso Nacional. AUTONOMIA PARTIDÁRIA E PROCESSO ELEITORAL. – O princípio da autonomia partidária não é oponível ao Estado, que dispõe de poder constitucional para, em sede legislativa, estabelecer a regulação normativa concernente ao processo eleitoral. O postulado da autonomia partidária não pode ser invocado para excluir os Partidos Políticos – como se estes fossem entidades infensas e imunes à ação legislativa do Estado – da situação de necessária observância das regras legais que disciplinam o processo eleitoral em todas as suas fases. VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS – PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL – RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador (ADI-MC 1407 DF, Tribunal Pleno, relator min. Celso de Mello, julgado em 07/03/1996, DJ 24/11/2000).

Pode se observar a presença crescente desse princípio em decisões – e não poderia ser diferente, afinal, não pode haver, dentro do direito, circunstância que indique o abuso do Estado perante seus tutelados. Dessa maneira, fica claro que o referido princípio é a resposta para as circunstâncias nas quais deve ser observada e medida a força da sanção a ser sofrida pelo acusado.

## **2.2 Princípio da não culpabilidade (presunção de inocência)**

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, traz a figura do princípio da não culpabilidade, ou da presunção de inocência<sup>2</sup>, – diz que não se pode

---

<sup>2</sup> Alguns autores diferenciam não culpabilidade e presunção de inocência, todavia, existe, atualmente, uma uniformização no entendimento de que se tratam de sinônimos.

julgar culpado um indivíduo até que se obtenha uma sentença final condenatória. Essa presunção de inocência se faz necessária para que o acusado possa se utilizar de todos os meios legais para elaborar sua defesa.

Esse princípio existe, pois, no processo, deve estar ausente qualquer juízo prévio de valor em relação ao indivíduo que figura como réu. De acordo com D'Urso:

Esta é uma regra garantidora do Estado Democrático de Direito, ensejando – por conseguinte – também como regra que o acusado responda seu processo em liberdade. Comporta exceção prevista em lei, pela qual o acusado, eventualmente, poderá ser preso por conta, exclusivamente, de um interesse processual, o que não lhe antecipa a culpa. E, somente, durante o tempo em que esse interesse estiver presente. Cessadas as condições que, eventualmente, autorizam a prisão processual, a regra deve prevalecer, porque a liberdade individual é o bem maior garantido constitucionalmente (D'URSO, 2007).

A base desse princípio é fornecer a garantia ao indivíduo de que, contra ele, não serão levantadas falsas acusações, uma vez que qualquer conduta alegada deverá ser provada. Dessa forma, até haver decisão final motivada pelas provas colhidas legalmente durante a instrução criminal, não poderá lhe ser imputado culpa ou autoria. Essa medida é uma garantia contra o possível arbítrio do Estado no exercício do poder de punir.

O uso da prisão é medida extrema – a última e mais forte sanção. Ou seja, depois da análise metódica do caso concreto, se ficar evidente que a esta é única forma de se penalizar o indivíduo, de forma que este pague à sociedade o débito causado por sua conduta delitiva, será aplicada a pena de prisão. Este deve ser o recurso último do direito penal.

A própria legislação pune o indivíduo que imputa fato falso a outrem, como forma de proteger os direitos individuais de cada pessoa. O trecho de julgado reproduzido abaixo elucida o referido princípio de maneira objetiva.



Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado, ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário” (CUSTÓDIO, 2008, p. 31).

Dessa forma, fica claro o dever de se garantir que, contra o indivíduo, não se levante culpa até que o processo tenha chegado ao fim. Caso contrário, este não tem meios para se defender, não sendo, portanto, julgado de forma imparcial.

O princípio da não culpabilidade deve ser diferenciado, no entanto, do conceito de ampla defesa. Quando o réu não tem a seu favor a presunção de inocência, não podendo, assim, se defender de todas as acusações de maneira completa, não significa dizer que ele não terá o direito à ampla defesa.

Ampla defesa e direito a não se auto-incriminar – Inerente ao exercício da ampla defesa e ligado à questão da prova está o direito de não fazer prova contra si, cristalizado no brocardo *Nemo tenetur se detegere*. Tem estribo constitucional no art. 5º, LXIII, da CF, que assegura o direito de permanecer calado, ou seja, o “direito ao silêncio”; entretanto, tal garantia tem recebido exegese ampliadora da doutrina e jurisprudência pátrias, por força do dispositivo no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, que assegura a toda pessoa o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada”, e da qual o Brasil é signatário, sendo tida como garantidora não só dos direitos ao silêncio e de não se auto-acusar, mas do direito mais abrangente de não produzir prova em prejuízo próprio (PRADO, 2009, p. 153).

Percebemos que a ampla defesa representa o direito do acusado em não levantar provas que o possam prejudicar, ao passo que o princípio da não culpabilidade garante que este só poderá ser efetivamente considerado como culpado após sentença final proferida pelo juiz.

É essencial definir o significado de “sentença final”. Decisão transitada em julgado não é meramente a posição do magistrado acerca do crime, mas o

resultado prático definitivo do julgamento, dessa sentença não cabendo mais recurso algum. A partir deste momento, o réu não pode apresentar outros meio de defesa, pois a via judiciária resta esgotada. De acordo com Prado:

Embora se espraie por todos os âmbitos do processo, tem também íntima relação com a matéria probatória, já que, por força dele, parte-se de uma presunção de que o acusado é inocente, até decisão definitiva em contrário, e a função da atividade probatória, no processo criminal, é desfazer essa presunção, que é relativa. Somente se a prova tem êxito em demonstrar, com a necessária segurança, a inexistência do estado de inocência é que o réu pode ser condenado. Se insuficiente a prova, persiste íntegra a presunção de inocência, absolvendo-se o réu (PRADO, 2009, p. 156).

Ou seja, cabe ao Estado unir um conjunto probatório suficientemente capaz de eliminar a inocência presumida que detém o acusado – dessa forma, fica evidente que o ônus da prova recai sobre aquele que acusa. Quando se obtiver êxito com a demonstração da autoria, será inteiramente cabível a punição de acordo com o que escreve o diploma legal, podendo o acusado ser privado de sua liberdade, conforme a necessidade e o caso.

Quando uma medida coercitiva desse porte – privação preventiva da liberdade – é aplicada, com o afastamento da inocência presumida, inverte-se o ônus da prova, cabendo à defesa unir material que comprove o descabimento da reclusão. Tal conduta é flagrante contrária a Constituição Federal, mesmo se tratando de medida excepcional, pois do acusado é retirada uma prerrogativa de direito. Ou seja, além de o acusado ser levado ao cárcere antes de ter a oportunidade de propor defesa, a ele se aplica, indiretamente, culpa presumida ou possível.

Não há como se esquivar do fato de que a prisão preventiva do acusado impacta no corpo social, que é induzido a inferir sua culpa. A divulgação pelos meios de comunicação cria a falsa sensação de que “justiça está sendo feita”. De fato, esse caminho é tortuoso e levanta diversas considerações sobre a matéria. A condição do réu fica, evidentemente, prejudicada, agravando-se ainda mais nos casos em que este é conhecido – uma figura pública, por exemplo.

O processo envolvendo o ex-juiz Nicolau dos Santos Neto – o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do pedido de *habeas corpus* recusado pelo STF será objeto de análise no próximo capítulo –, pessoa pública cujo caso foi amplamente divulgado pelos veículos de comunicação, ilustra bem esta questão. Com a sua prisão preventiva decretada, percebia-se que a sociedade realizava o desejo, não de cumprimento da lei, mas de vingança. De certo, os crimes políticos têm sido motivo de revolta popular e, por consequência, nesses casos específicos, a sociedade tende a se inflamar, exigindo a punição imediata do indivíduo.

Por mais que se deseje dar uma resposta imediata à sociedade, medida preventiva tomada com esse escopo torna-se arbitrária. Não pode o Judiciário se influenciar pela inflamação popular. De tal forma que, no caso citado, fica a nosso ver bem claro que a preventiva foi decreta com intuito de antecipação de pena. Foge da alçada do Judiciário agir para dar justificativa ao anseio popular. Neste caso específico, a decisão pareceu ser a politicamente mais favorável ao referido tribunal.

O critério para aplicação da medida cautelar deve ser, no mínimo, objetivo. Havendo dúvidas a respeito da aplicação ou não, deve prevalecer o princípio constitucional da não culpabilidade. A prisão tem a função primeira de recuperar o indivíduo para reinseri-lo no seio social, e a função segunda de punir. No entanto, pode se observar, em alguns casos como este do ex-juiz Nicolau dos Santos Neto, a clara e evidente intenção de aplicar o encarceramento para antecipar a punição que o acusado poderia ou não vir a sofrer.

Desrespeitar o princípio da presunção de inocência é agir sob a força do imperativo, e permitir que o Judiciário deixe de exercer a função de buscar a verdade real, e passe a ser mero instrumento para aplicação de punições.

Tem sido entendimento do STF a manutenção da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. Ou seja, a presunção de inocência, preceito constitucional, tem sido menos relevante que a garantia da ordem pública, requisito

sem conceito determinado ou entendimento pacífico sobre o que realmente representa. Parece-nos desproporcional a aplicação de tal medida cautelar motivada por essa hipótese, em detrimento da observação de um princípio constitucional.

Em diversas ocasiões, o STF denegou pedidos de *habeas corpus* com fundamento na hipótese da garantia da ordem pública, sobrepondo-a ao princípio constitucional da não culpabilidade:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. FUGA DOS RÉUS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. 1. A periculosidade do agente, aferida pelo *modus operandi* na prática do crime, consubstancia situação concreta a autorizar a prisão preventiva para garantia da ordem pública. 2. Fuga dos réus após a decretação das prisões temporárias, a evidenciar nítida intenção de frustrar a aplicação da lei penal. Segregação cautelar justificada. Ordem indeferida. Decisão: Denegada a ordem. Votação unânime (HC 100899 SP, 2ª Turma, relator min. Eros Grau, julgado em 02/02/2010, DJ 30/04/2010).

Neste julgado, a manutenção da prisão cautelar é concedida com o objetivo de garantir a aplicação da lei penal. No entanto, cabe ao Estado se guarnecer de aparatos para tal persecução. A justificativa “frustrar a aplicação da lei penal” aparenta ser uma forma de garantir a continuidade arbitrária da prisão – deixa de ser cautelar, e passa a ser antecipação de pena, julgamento de valor.

EMENTA HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DECISÃO DENEGATÓRIA DO APELO EM LIBERDADE. ARTIGO 2º, § 2º, DA LEI N. 8.072/90. FUNDAMENTOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IDONEIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. RELAXAMENTO POR EXCESSO DE PRAZO: CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE A PRISÃO CAUTELAR DECRETADA NA SENTENÇA. 1. Crime de tráfico de entorpecentes. O § 2º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90 requer decisão fundamentada para possibilitar ou não o apelo em liberdade. O Juiz, além de negar o recurso em liberdade, apontou hipótese do artigo 312 do Código de Processo Penal como fundamento da prisão cautelar: garantia da ordem pública. Hipótese vinculada a fatos concretos e idôneos, tendo em vista a necessidade de resguardar a sociedade da prática de novos crimes da espécie, considerada a possibilidade concreta de reincidência ou de reiteração da prática criminosa pelo réu. 2. O relaxamento da prisão preventiva, por excesso de prazo, não impede sua decretação por outros fundamentos explicitados na sentença. Precedentes da Corte (HC nº 86.304/PE - Segunda Turma - Rel. Min. Eros Grau, DJ de 3/2/2006; HC nº 67.557/SP - Primeira Turma - Rel. Min.

Sydney Sanches, DJ de 25/8/1989). 3. Ordem denegada (HC 86304 PE, 1ª Turma, relator min. Eros Grau, julgado em 03/10/2005, DJ 03/02/2006).

O motivo pelo qual o magistrado optou por manter a prisão foi a hipótese da garantia da ordem pública, cuja aplicação mostra-se genérica e imprecisa, pois, antecipadamente, assumiu-se que o indivíduo poderia agir na prática de novos delitos. Existe, aqui, uma contradição clara para com o princípio da não culpabilidade, visto que o acusado foi tido como possível criminoso mesmo antes do trânsito em julgado.

Aplica-se ao indivíduo um juízo de valor, uma presunção de culpa, levando-o à condição de condenado antes de apresentação de defesa. Fazendo um paralelo entre o princípio da não culpabilidade e o princípio da proporcionalidade, pode-se dizer, ainda, que a medida é desproporcional à conduta do acusado, pois este permaneceu em cárcere por período prolongado.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE QUADRILHA. DENÚNCIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. PRECEDENTES STF. DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR IDÔNEO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES E RESIDÊNCIA FIXA NÃO IMPEDEM A PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. 1. Paciente denunciado, juntamente com mais dez co-réus, por integrar quadrilha armada voltada para prática de diversos crimes, especialmente delitos de extorsão relacionados a serviços de "segurança" e de "proteção". 2. A denúncia descreve suficientemente a conduta do paciente, que, em tese, amolda-se ao delito descrito no art. 288 do Código Penal. 3. A descrição dos fatos cumpriu, satisfatoriamente, o comando normativo contido no art. 41 do Código de Processo Penal, estabelecendo a correlação entre a conduta do paciente e a imputação da prática do crime de quadrilha. 4. Há substrato fático-probatório suficiente para o início e desenvolvimento da ação penal de forma legítima, afastando a alegação de ausência de justa causa, sendo certo que a efetiva participação do paciente na prática do delito merecerá análise muito mais detida por ocasião do julgamento do mérito da ação penal. 5. Ademais, "a jurisprudência do Tribunal firmou-se no sentido de não exigir a individualização das ações de cada agente quando se trata de crime de autoria coletiva", sendo que o "decreto de prisão preventiva com fundamento em denúncia que descreve a forma como os integrantes da quadrilha agiam, não pode ser desconstituído por falta de justa causa". Precedentes. 6. Houve fundamentação idônea para decretação da custódia cautelar do paciente, já que, diante do conjunto probatório dos autos da ação penal, a prisão se justifica para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 7. A decretação da prisão cautelar se baseou em fatos concretos, notadamente a periculosidade do paciente e dos demais denunciados, não só em razão da gravidade dos crimes perpetrados,

mas também pelo *modus operandi* da quadrilha. 8. Como já decidiu esta Corte, "a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos" (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005). Nessa linha deve-se considerar o "perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação" (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007). 9. A "primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita" são "circunstâncias que, por si sós, não afastam a possibilidade da preventiva". Precedentes. 10. Habeas corpus denegado (HC 98157 RJ, 2ª Turma, relator(a) min. Ellen Gracie, julgado em 05/10 2010, DJ 25/10/2010).

Essas são algumas das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto. O interessante, e vale ser ressaltado, é que o STF teria a função precípua de guarda da Constituição Federal, no entanto, o princípio da não culpabilidade é suprimido, prevalecendo o entendimento de manutenção da medida cautelar.

Fica caracterizada a motivação do Poder Judiciário em aplicar sanção imediata. Por mais que não se considere a prisão cautelar, literalmente, um meio de sanção, na realidade, ela o é, pois, ainda que aguarde o trânsito em julgado (decisão definitiva a qual não caberá mais recurso), o acusado se vê privado da liberdade. Dessa forma, fica claro que o princípio da não culpabilidade tem sido superado por medida de caráter excepcional.

Tal garantia – não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado – consiste em prerrogativa do cidadão, pois este ocupa posição de inferioridade no processo, e sempre vai ocupar. O Estado é detentor de grande poder sob os seus tutelados, e, a partir do momento em que se permite afronta a princípios garantidores da liberdade individual, inicia-se um domínio perverso e autoritário, pautado pelo exercício da força.

O equilíbrio da relação “Estado x tutelados” é o que garante o efetivo sentido de justiça. O convívio entre os dois deve ser de máxima igualdade possível, e a forma de se conseguir isso é promovendo o respeito aos direitos e garantias individuais, de forma a agregar segurança a essa conturbada relação.

### 3 VOTO VENCIDO DO MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (HC 80717-8/SP)

Atualmente, a decretação da medida cautelar tem levantado sérias argumentações em relação a sua legalidade. Os motivos que ensejam tal medida têm sido utilizados de maneira cômoda aos interesses relativos a cada caso.

A aplicação da prisão preventiva é pauta que traz grande debate. Se, por um lado, alguns juristas defendem que essa cautelar é necessária para garantir o efetivo andamento do processo, outra corrente observa que, ao ser aplicada, representa sanção antecipada, ou seja, prisão antes do trânsito em julgado.

Quando o instituto da prisão preventiva entra em discussão, os argumentos são diversos. É primordial, no entanto, que o respeito à Constituição Federal prevaleça no momento de sua aplicação. Neste sentido, o pedido de *Habeas Corpus nº 80717-8/SP*, apreciado pelo STF, trouxe intenso debate entre os ministros que compunham o referido tribunal. O pedido foi realizado em nome do paciente Nicolau dos Santos Neto, ex-juiz e figura pública que se tornou conhecida nacionalmente.

Sepúlveda Pertence ressalta em seu voto vencido – pois a maioria dos ministros foi contra o pedido impetrado pela defesa – a importância de uma análise minuciosa dos fatos e direitos que a referida ação trazia em seu escopo. O ministro expõe, ainda, que a cautelar atende a fim específico, e que desviá-la desse propósito por qualquer motivo é desvirtuar a própria missão do STF de guardião da Constituição Federal.

Em um primeiro momento, o ministro alerta para a condição de figura pública do réu, condição esta que, trazendo consigo intensa exposição, acabou por gerar uma “obrigação” ao tribunal – o “dever” de manter a prisão a título condenatório –,

para responder aos anseios de justiça estimulados pelos veículos de comunicação. Assim se manifesta o ministro:

Seria essa, de logo, a solução politicamente mais cômoda para o Tribunal, liberando-o do enfrentamento da questão de licitude da prisão preventiva a que sujeito o paciente, a qual – é indiscutível – ainda satisfaz a ira santa, chamada por Bielsa chamou de a “impaciência enfermiça e ávida de sensações” da paixão pública – que, atizada pela mídia, foi despertada pelo caso e reclama, conscientemente ou não, a precipitação, mediante a detenção processual, dos efeitos da esperada condenação do acusado (HC 80717-8/SP, relator Sepúlveda Pertence, 12/06/2001, DJ 05/03/2004, p. 729).

A proteção trazida pela Carta Magna, de que se valem todos os indivíduos, não permite a prisão antes que se confirme a efetiva condenação do acusado. A prisão preventiva é uma das exceções apresentadas pelo legislador; todavia, a mesma não pode ser decretada fora daquilo que a lei definiu como condição para tal.

A mera pretensão de apresentar uma resposta rápida ao aflito popular é desrespeitar a Lei Maior e, por consequência, permite a instauração de um desequilíbrio entre o Estado e seus tutelados.

Contudo, deve-se observar que a decretação da prisão preventiva coube inicialmente ao juiz de primeiro grau, que recebeu a denúncia contra o paciente; e, posteriormente, ao Tribunal Regional Federal (TRF), a decisão denegatória. A motivação, em ambos os casos, foi a garantia da ordem pública, conforme demonstra trecho de acórdão do TRF – citado pelo ministro em seu voto – negando um dos pedidos de *habeas corpus*:

[...] não restam dúvidas de que a ordem pública, através da conduta descrita na denúncia, restou inequivocamente afetada. E a ordem pública aqui não se trata de clamor popular. Não há como confundir o conceito de ‘ordem pública’ com de o de ‘clamor público’. Este pode eventualmente decorrer daquele, ou vice-versa, mas não serve, por si só, de elemento para fundamentar a prisão preventiva, conforme já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal (RT 598/417).



A garantia da ordem pública não se resume em, tão-só, evitar a ocorrência de outros delitos. É, também, principalmente, resguardar a credibilidade e a respeitabilidade das instituições públicas.

No caso presente, o acusado exercia a presidência de um dos mais respeitáveis Tribunais do país. Há elementos indicando a participação de altas autoridades da República nas circunstâncias que resultaram na ocorrência dos delitos, ato que abala a ordem pública.

Não se trata de roubo ou furto de um automóvel. A denúncia relata fatos muito mais graves, ou seja, que os recursos remetidos ao exterior e objeto de lavagem são parte de uma centena de milhões de reais desviados mediante superfaturamento da construção do Fórum Trabalhista de São Paulo e que os autores são componentes de alta hierarquia de Poderes estatais.

Portanto, com fundamento na garantia da ordem pública e na magnitude da lesão causada (art.30 da Lei nº 7.492/86) a custódia cautelar constitui medida que se impõe (HC 80717-8/SP, relator Sepúlveda Pertence, 12/06/2001, DJ 05/03/2004, p. 733).

A medida cautelar foi aplicada visando manter a credibilidade das instituições públicas jurídicas, uma vez que o acusado já havia exercido a presidência do tribunal. Quando a prisão preventiva foi decretada, no entanto, o acusado não mais ocupava esse posto. É razoável, neste caso, dar mais relevância à necessidade de preservar a respeitabilidade das instituições do que à aplicação do princípio constitucional da não culpabilidade?

Postura semelhante adotou o próprio STF, visto que, ao manter a prisão preventiva, corroborou com esse entendimento – ainda que caiba a esse distinto tribunal federal a missão de guarda da Constituição. Para a aplicação de tal medida, faz-se necessária a comprovação dos motivos que a ensejam. Neste caso, o motivo – dano a imagem da instituição pública – não foi adequadamente valorado, uma vez que o acusado não mais ocupava a presidência do órgão.

Justamente por ser a medida cautelar uma exceção, é preciso analisar, atentamente, os motivos de sua decretação. O ministro demonstra essa necessidade ao dizer, em seu voto: “De minha parte, com efeito, sigo convencido de que a prisão preventiva só pode conviver sistematicamente com a presunção de não culpabilidade, quando fundada em motivos cautelares concretamente verificados” (HC 80717-8/SP, relator Sepúlveda Pertence, 12/06/2001, DJ 05/03/2004, p. 734).

O fato de o paciente ser um ex-presidente do tribunal paulista causou mal-estar à imagem do Judiciário, por se tratar de indivíduo importante, contudo, não é prudente afirmar, categoricamente, que a supressão da liberdade do acusado fosse fundamental para resguardar a imagem do Judiciário.

A cautelar perde seu propósito quando, mesmo não sendo necessária para garantir o bom andamento do processo, acarreta a prisão do acusado antes do trânsito em julgado. Ou seja, se a instrução probatória ocorreria dentro da normalidade independente do aprisionamento ou não do acusado, a supressão da liberdade deve ser preterida em relação à sua preservação. Nesses casos, a decretação da prisão preventiva, além de ferir o princípio da não culpabilidade, não observa o princípio da proporcionalidade, igualmente importante.

Enveredar por esse caminho é abrir espaço para o excesso. Mesmo que determinada conduta cause repulsa e seja considerada odiosa pelo senso comum, o Poder Judiciário não pode se apoiar nesse sentimento para a decisão de uma medida cautelar. O direito penal usa a sanção de privação de liberdade como medida extrema e última, depois de concedidas todas as chances de defesa, e esgotadas todas as fases processuais possíveis.

No voto do ministro Sepúlveda, fica evidente a intenção de demonstrar a cautela com a qual o Judiciário deve fazer uso da medida preventiva:

Tudo isso significa afinal [...] que as medidas preventivas somente possam ser admitidas – e sempre em via excepcional – nos casos em que se apresente efetivamente a exigência de salvaguardar aqueles interesses que se substantivam nas finalidades perseguíveis, libertas de intentos punitivos (HC 80717-8/SP, relator Sepúlveda Pertence, 12/06/2001, DJ 05/03/2004, p. 736).

Para a decretação da preventiva, é primordial a caracterização do estado de urgência – situação na qual o Estado deve reagir de imediato, aplicando as medidas necessárias com agilidade para garantir o correto andamento do processo. De fato, o combate a toda forma criminosa deve ser ostensivo, a fim de fornecer proteção

àqueles que pertencem ao corpo social. Todavia, para se atingir este fim, é imperativo que os meios sejam legais e respeitem as garantias e direitos individuais.

No caso concreto do ex-juiz Nicolau dos Santos Neto, a condição de ex-membro da justiça, mesmo envolvendo questões éticas relacionadas à imagem da instituição, não é suficiente para justificar a adoção de medida tão severa. Da mesma forma, ainda que o coro popular ecoe pedindo por justiça, e a prisão dê a falsa impressão de que esta seria a medida correta, não se pode conceber a ideia de aplicação da cautelar nesses moldes.

Cabe ressaltar que pugnar a prisão com base na quantidade de dinheiro supostamente desviado pelo réu não é viável aqui, uma vez que suas contas estavam devidamente “congeladas”. Empregar fuga fazendo uso da condição monetária seria pouco provável, visto a idade avançada em que se encontrava o paciente e a publicidade que foi dada ao caso, o que fez do réu figura bastante conhecida pelo público em geral.

Mesmo que pareça evidente a conduta criminosa, todo indivíduo tem direito a um julgamento justo; dessa forma, poderá, dentro dos limites impostos pela lei, apresentar defesa e recorrer até a última instância possível.

A não culpabilidade jamais deve ser associada a uma circunstância de impunidade, mas sim a uma garantia de que somente se responderá na medida da conduta criminosa, e que essa responsabilidade virá depois, e somente depois, de uma decisão final transitada em julgado.

Todavia, torna-se impossível, neste caso, haver equilíbrio entre o acusador e o acusado – a pressão externa para a condenação acarreta em desequilíbrio entre as partes. De um lado, a pretensão do Estado em garantir a execução, usando para tal uma cautelar a título condenatório; e, do outro, o acusado, que suporta a prisão, como se culpado fosse.

O princípio da proporcionalidade se apresenta, nesse momento, como fundamental para evitar a aplicação da pena antecipada. Para que seja aplicado qualquer tipo de sanção, deve-se observar o caso concreto e todas as suas singularidades, a fim de que se chegue a uma medida racional, equilibrada e justa.

O equilíbrio deve se apresentar tanto na observância dos direitos e garantias individuais – ou seja, na garantia ao acusado de um julgamento justo e uma pena na medida correta –, quanto na atividade do Judiciário, que deve defender o efetivo cumprimento das leis e aplicar a sanção adequada aos infratores.

Mesmo sendo a medida cautelar uma possibilidade no mundo jurídico, ela nunca será totalmente proporcional, pois se encontra em conflito com a Constituição Federal, que protege o indivíduo da prisão anterior à sentença. Por este motivo, sua utilização deve dar-se em casos extremos, quando o único meio de não acarretar prejuízo ao bom andamento do processo seja o recolhimento do acusado à situação de prisão.

Neste caso específico, a preocupação com as circunstâncias nas quais se dá a aplicação da medida preventiva é trazida pelo ministro Sepúlveda Pertence, que diz:

Mas dessa preocupação de prevenção especial seria despropositado cogitar no caso: aposentado e, de há muito, afastado da administração da obra malsinada do Fórum Trabalhista de São Paulo, o paciente não tem hoje como infligir novas lesões ao patrimônio público e, por força das medidas de cautela patrimonial já impostas, sequer pode gerir sua própria fortuna, de origem lícita ou ilícita (HC 80717-8/SP, relator Sepúlveda Pertence, 12/06/2001, DJ 05/03/2004, p. 739).

A respeitabilidade das instituições públicas, apresentada como motivo capaz de ensejar a prisão preventiva, parece ter sido utilizada, neste caso, como pretexto para a obtenção da condenação prematura do acusado. Mesmo sendo a conduta considerada amplamente reprovável, tanto pela mídia, quanto pela população

em geral, não se justifica uma cautelar a fim de atender à necessidade de sanção que vozes alheias ao Judiciário clamavam.

Mas, data vênua, esse propósito de exemplaridade para resguardo das instituições da República – por mais respeitável e compreensível nas circunstâncias do escândalo – ultrapassa, além de toda a medida do razoável, o âmbito da legitimidade constitucional da prisão preventiva e constitui escancarada utilização do processo como forma de antecipação da sanção penal (HC 80717-8/SP, Tribunal Pleno, relator Sepúlveda Pertence, 12/06/2001, DJ 05/03/2004, p. 739).

Os questionamentos trazidos pelo ministro refletem a preocupação com o uso de uma medida de caráter extraordinário com o objetivo de aplicar punição imediata a quem tem o processo ainda em trânsito. Ou seja, a intenção do legislador de garantir o efetivo andamento do processo tem se mostrado como instrumento para antecipação condenatória do acusado.

Esse tipo de entendimento cria precedentes para o uso da prisão preventiva a título condenatório, sendo que tal conduta vem recebendo anuência por parte da doutrina.

A espécie retrata exemplo marcante dos cuidados extremos que a doutrina – e até a nossa jurisprudência – têm imposto, malgrado sem a repelir em tese – à invocação de “garantia da ordem pública” para respaldar o abuso da prisão preventiva a fim de satisfazer à exigência irracional de antecipar a sanção, de modo a restituir-lhe na expressão de Pisapia, “o caráter medieval imediatamente aflitivo” (...), que “reaparece sob o impulso de um sentimento de todo instintivo e irracional, pelo qual se exige que o acusado de culpas graves seja posto de logo em situação de mortificação física e espiritual (HC 80717-8/SP, relator Sepúlveda Pertence, 12/06/2001, DJ 05/03/2004, p. 740).

Cabe frisar que, no caso específico, a culpa grave foi incendiada pela grande repercussão que teve o processo. Ou seja, pelo modo como foi divulgado o caso, ficou o acusado, desde o início, em posição desfavorável, visto que não se esperou outro resultado que não o da condenação. O critério de justiça perseguido não foi o de avaliar juridicamente as questões processuais, e sim o de apresentar resposta rápida, tendo a prisão preventiva se prestado para acalantar este ímpeto pela punição.

Normalmente, os crimes cometidos por figuras do alto escalão do poder carregam consigo a ideia de impunidade. Por consequência, espera-se uma rápida providência acerca do fato. Dessa concepção nasce a idealização popular de que, ocupando o indivíduo função de grande poder, receberá tratamento privilegiado. Com o claro intuito de reverter esse pensamento, a medida cautelar foi utilizada para demonstrar a atuação imediata do Judiciário acerca do fato.

O apelo à exemplariedade, como critério de decretação da custódia preventiva – acentua, entre nós, por exemplo, Magalhães Gomes Filho – constitui seguramente a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada a priori (HC 80717-8/SP, relator Sepúlveda Pertence, 12/06/2001, DJ 05/03/2004, p. 740).

Ocorre, dessa forma, a perda do objetivo do processo de avaliar as questões jurídicas, e passa-se a buscar uma compensação pela conduta negativa. Neste sentido, o interesse do Judiciário consiste na busca incessante pelo culpado, e na necessidade de aplicação imediata da pena. Após se ter devidamente demonstrado que o acusado já está respondendo pela conduta – usando a prisão para essa demonstração – é que se começa a discutir as questões jurídicas relativas ao processo.

Dessa forma, a garantia de não ser considerado culpado até decisão final proferida por juiz é suprimida, pois o acusado passa a cumprir de imediato uma pena que será firmada no futuro. Trata-se de mera antecipação da sanção, como meio de demonstrar a aplicação da justiça. Tal postura tem se formado para apresentar resposta à indignação do coletivo.

Observando esse caso concreto – mesmo evidenciado o desvio de uma soma com alto valor –, fica claro que o clamor social foi condição precípua para se determinar a aplicação da medida. Impulsionado pelo apetite ávido da mídia em vender manchetes sensacionalistas – e não há meio que melhor motive a indignação do coletivo –, o Poder Judiciário sentiu-se pressionado a apresentar uma solução; solução

esta não jurídica, e sim explicativa, que passou uma mensagem de “correção”, e prestou-se a execrar o paciente, impondo-lhe uma execução sumária. Apresenta o ministro seu argumento:

Essa incompatibilidade – aduz – se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência à função de pronta reação do delito como forma de aplacar o alarme social; aqui se parte de um dado emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à idéia de justiça sumária (HC 80717-8/SP, relator Sepúlveda Pertence, 12/06/2001, DJ 05/03/2004, p. 740).

A missão precípua do direito penal em aplicar, na medida da lesão causada, uma resposta proporcional ao agravo é flagrantemente contrária a decisão de se impor a medida cautelar com o propósito de responder ao desejo do coletivo. O objetivo na aplicação da penalidade é o criminoso responder na medida do seu comportamento delituoso, do dano causado.

Outro motivo que ensejou a prisão preventiva foi relacionado à magnitude da lesão causada – a quantia desviada era equivalente a uma soma de valor grandioso. Todavia, o valor alto, por si só, não é motivo para a decretação da medida cautelar.

Eleger-se a magnitude da lesão causada como motivo ensejador da prisão cautelar – notou, nessa linha, José Carlos Tórtima, em cuidadosos comentários à Lei - “parece-nos solução das mais infelizes. Como se não bastasse, a disposição é inócua, pois a exegese do ora comentado art. 30 não permite supor que a magnitude da lesão causada, por si só, justifique a prisão preventiva. Ao contrário, a disposição em causa afirma que ela é aplicável sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, vale dizer, a decretação da custódia preventiva continuaria na dependência dos pressupostos (materialidade e indícios de autoria) e de uma das quatro circunstâncias ali elencadas (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou segurança da aplicação da lei penal) (HC 80717-8/SP, relator Sepúlveda Pertence, 12/06/2001, DJ 05/03/2004, p. 742).

Considerar a magnitude da lesão causada como motivação suficiente para se decretar a medida preventiva é um excesso. Caracteriza-se como uma tentativa de possibilitar a antecipação da condenação do acusado, interpretando um dispositivo a

favor de tal finalidade. É fundamental, quando da privação do acusado de sua liberdade, demonstrar que este está ligado à conduta delituosa, e indicar, por meio de provas, a materialidade e os indícios de autoria.

O andamento do processo deve estar em risco para justificar a atuação enérgica de aplicação da prisão para o indivíduo que ainda não foi devidamente julgado.

Somente se justificaria a medida extrema – ponderam, de sua vez, Paulo José da Costa Jr et alii em Crimes do Colarinho Branco, Saraiva, 2000, p. 175 – se a liberdade do acusado pusesse em risco a segurança ou a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional, ou seja, quando efetivamente houvesse necessidade de garantia da ordem pública (HC 80717-8/SP, relator Sepúlveda Pertence, 12/06/2001, DJ 05/03/2004, p. 743).

A aplicação da pena deve seguir seu curso natural, não devendo o Judiciário tentar antecipá-la para apresentar resposta imediata à população. É regra que ninguém será considerado culpado antes de sentença final transitada em julgado, e que devem ser dadas ao acusado todas as possibilidades de ampla defesa.

Quando se permite esse tipo de entendimento, se abre portas para o desvio da finalidade da própria cautelar, autorizando, no mundo jurídico, entendimento que não condiz com a intenção do legislador – este procura garantir o efetivo término do processo, mas com a preservação dos direitos de cada indivíduo.

Somente após essa decisão final, aplicar-se-á sanção proporcional ao dano causado. É de extrema importância guardar o instituto das medidas cautelares somente para seu fim específico, obedecendo à sua excepcionalidade, e chegando, assim, ao final do processo sem interferências, mas atendendo ao que leciona a Lei Maior.



## CONCLUSÃO

Para trazer segurança ao corpo social, é necessário, em algumas circunstâncias, fazer uso da força repressora de que dispõe o Estado. Todavia, existe uma linha tênue que separa o autoritarismo do uso proporcional dessas medidas coatoras. A forma mais evidente de coerção é o instituto da prisão, por meio da qual o indivíduo é privado da liberdade, como resposta a uma conduta não condizente com o bom comportamento exigido dos tutelados pelo Estado.

O Poder Judiciário, responsável pela aplicação do direito e das punições, deve, por sua vez, observar que o indivíduo infrator goza de direitos e garantias – e faz jus, dessa forma, a um julgamento no qual possa se defender de todas as formas possíveis e legais –, para então, ao final, aplicar, por meio da sentença, pena que seja proporcional ao dano causado.

No entanto, o caminho natural da denúncia até a sentença transitada em julgado, em alguns casos, pode correr perigo, e, por essa razão, merece ação imediata que viabilize o resultado útil do processo. Deste imediatismo se faz a prisão preventiva – uma medida cautelar excepcional que visa assegurar este resultado.

A aplicação prisão preventiva, entretanto, requer análise profunda, pois, se, por um lado, é imperativo que o acusado responda pela ação delituosa, por outro, é garantido a todos os indivíduos a inocência até o momento em que se demonstre, efetivamente, a culpa. A Constituição Federal garante essa circunstância por meio do princípio da não culpabilidade, a fim de garantir que não seja levantada, contra o acusado, culpa anterior à comprovação da autoria do delito.

Neste contexto, existe um fator externo de grande importância: o clamor popular por resposta, por punição do infrator. Este fator tem provocado distorções

quando da aplicação da prisão preventiva. No momento em que se admite a aplicação da medida cautelar com o intuito de apresentar uma resposta imediata ao desejo coletivo de punir o pretenso criminoso, abre-se uma ferida no seio da Lei Maior. O instituto que deveria garantir o resultado prático do processo se converte em antecipação da pena.

Ao mesmo tempo, ocorre um desequilíbrio entre a sanção – uma vez que, com a antecipação da pena, o acusado responde pelo delito antes da condenação – e o relevante princípio constitucional da proporcionalidade. Não é possível graduar a pena corretamente, antes de percorrido o trâmite completo do processo. Tal postura se revela extremamente prejudicial àquele indivíduo, que se encontra em um momento de incertezas – o réu se observa como pretenso culpado, antes de pretender alegar sua inocência.

Percebe-se um desequilíbrio entre as partes – de um lado, o “acusado” já se encontra no efetivo cumprimento de uma pena, e, do outro, a parte acusatória impõe sanção sem ter observado, com precisão, a quantidade de lesão causada pelo pretenso culpado. Esta circunstância gera desproporcionalidade.

O caso do ex-juiz Nicolau dos Santos Neto ilustra bem essa postura. A condição de figura pública do acusado, e, por consequência, a ampla divulgação do caso acenderam o apetite irracional por justiça, que, nessa concepção, se resumiu à punição imediata do pretenso criminoso. A decretação da prisão preventiva, neste caso, guarda afinidade com a ideia de execução sumária.

A prisão preventiva deve ser usada apenas em casos excepcionais. A aplicação dessa medida não pode guardar nenhuma relação com a intenção de punir o acusado. Somente após decisão definitiva, passadas todas as fases do processo, é cabível a aplicação da pena, sendo essencial o respeito aos princípios constitucionais e a utilização da cautelar nas circunstâncias para as quais ela foi permitida.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 fevereiro 2011.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 março 2011.

BRASIL. Lei Nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, 1989. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 abril 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 1407 DF. Tribunal Pleno. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 7 de março de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29 abril 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 100899 SP. Segunda Turma. Relator: min. Eros Grau. Brasília, 2 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 6 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 86304 PE. Primeira Turma. Relator: min. Eros Grau. Brasília, 3 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 6 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 98157 RJ. Segunda Turma. Relator(a): min. Ellen Gracie. Brasília, 5 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 6 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Tribunal Pleno. Relator: min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.espacoaluno.uniceub.br>>. Acesso em: 6 agosto 2010.

CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. *Constituição Federal interpretada pelo STF*. 9 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação 2008011032372-3. Relator: João Timoteo de Oliveira. Segunda Turma Criminal.

Brasília, 2 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 11 julho 2011.

D'URSO, Luis Flávio Borges. Em defesa da presunção de inocência. São Paulo: 4 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br>>. Acesso em: 25 abril 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. JURÍDICO, site Saber. Disponível em: <<http://www.saberjuridico.com.br>>. Acesso em: 25 de maio 2011.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris, 2003.

PRADO, Luiz Regis et al. *Direito processual penal: parte I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SLERCA, Eduardo. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodriguez. *Curso de direito processual penal*. 3 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

TUCCI, Rogério Laura. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.